

**WYROK**  
**z dnia 20 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2011 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe UTEX Sp. z o.o. w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wytwarzanie S.A. w Katowicach**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe UTEX Sp. z o.o. w Rybniku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe UTEX Sp. z o.o. w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Zagospodarowanie popiołu lotnego o kodzie 10 01 82 z bloku 460 MW w PKE S.A. – Elektrownia Łagisza” zostało wszczęte przez Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 163-269729) w dniu 26 czerwca 2011 r. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego została udostępniona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W piśmie z dnia 31 sierpnia 2011 r. Zamawiający zawarł wyjaśnienia treści SIWZ.

W dniu 1 września 2011 r. w rejestrze przedsiębiorców została ujawniona zmiana firmy Zamawiającego – dotychczasowa: Południowy Koncern Energetyczny S.A., została zastąpiona następującą: Tauron Wytwarzanie S.A.

W dniu 5 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe UTEX Sp. z o.o. w Rybniku, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec treści SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie określił w SIWZ sposób jednoznaczny ilości odpadów przeznaczonych do zagospodarowania, zaś udzielone przez niego wyjaśnienia treści SIWZ zawarte w piśmie z dnia 31 sierpnia 2011 r. pogłębiły jedynie, stwierdzony przez Odwołującego, brak precyzji w dookreśleniu przedmiotu zamówienia. Twierdził on, iż Zamawiający nie daje żadnej gwarancji Wykonawcom odnośnie ilości kierowanych do niego odpadów. Stanowiło to, zdaniem Odwołującego, naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ, poprzez określenie ilości odpadów do zagospodarowania w poszczególnych częściach z taką samą tolerancją jak dla całości bez stosowania przedziałów oraz określenie metodologii, według której będzie stosowany proporcjonalny rozdział wolumenu odpadów do zagospodarowania pomiędzy wyłonionych w postępowaniu Wykonawców w sposób nie budzący wątpliwości.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. Twierdził, iż opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny. Przejrzyście określił bowiem wolumen przeznaczonych do zagospodarowania odpadów wraz z jasno określoną tolerancją ilościową wszystkich transz. Podkreślał, iż podział ilości odpadów pomiędzy każdego z trzech Wykonawców będzie proporcjonalny, co zostało w sposób wyraźny w SIWZ określone.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia Część techniczna SIWZ, w pkt 2.a), poinformował Wykonawców, iż przewidywana ilość wywarzanego popiołu lotnego szacowana jest na ok. 146 250 Mg +/- 30 %, dookreślając jednocześnie w kolejnym

punkcie, iż przeciętna ilość wytwarzanego popiołu jest szacowana w granicach od 400 Mg do 1100 Mg na dobę (pkt 2.b).

W pkt 5.1 Rozdziału III SIWZ Zamawiający wskazał, iż dokonał on podziału przedmiotu zamówienia w sposób proporcjonalny na trzy części. Przedstawiał się on następująco:

*„Część 1: Odbiór, transport i zagospodarowanie (utylicacja) popiołu lotnego o kodzie odpadu 10 01 82 wytwarzanego w PKE S.A. Elektrownia Łagisza w ilości minimum 15 000 i maksimum 50 000 Mg + 30%*

*Część 2: Odbiór, transport i zagospodarowanie (utylicacja) popiołu lotnego o kodzie odpadu 10 01 82 wytwarzanego w PKE S.A. Elektrownia Łagisza w ilości minimum 15 000 i maksimum 50 000 Mg + 30%*

*Część 3: Odbiór, transport i zagospodarowanie (utylicacja) popiołu lotnego o kodzie odpadu 10 01 82 wytwarzanego w PKE S.A. Elektrownia Łagisza w ilości minimum 15 000 i maksimum 46 250 Mg + 30%*

*Przedstawione dane powyżej dotyczą 1 roku obowiązywania umowy.*

*Zatem maksymalna wartość netto (umowy dla części 1) = 50 000 Mg x cena jednostkowa netto odbioru 1 Mg popiołu lotnego x współczynnik 1,3 (uwzględniający potencjalną odchyłkę na plus ilości popiołu w wys. 30%)*

*Minimalna wartość umowy wynika z możliwości technologicznych kotła, co oznacza, że regulacyjność kotła jest w zakresie 30 do 100%. Jednakże w przypadku awarii lub braku produkcji energii elektrycznej z bloku 460 MW Zamawiający zastrzega sobie możliwość dostarczenia do odbioru mniejszej ilości popiołu niż wskazana jako minimalna lub nawet czasowego wstrzymania odbioru i nie może to stanowić podstawy do roszczeń wykonawcy z tytułu nie wywiązania się Zamawiającego z warunków umowy, gdyż w takim wypadku obniżenie minimalnych ilości ton odbioru nie wynika z winy Zamawiającego i jest od niego niezależne.”*

Analogiczne zastrzeżenia co do maksymalnej i minimalnej wartości umowy Zamawiający poczynił odnośnie części 2 i 3.

W powołanym pkt 5.1 Rozdziału III SIWZ Zamawiający zawarł również następujące informacje: *„Podział proporcjonalny odbioru popiołu dla każdej z części będzie się odbywał każdego dnia trwania umowy co oznacza, że Wykonawcy wszystkich trzech zadań, na które został podzielony przedmiot zamówienia, będą go odbierać codziennie w ilościach*

*proporcjonalnych dla każdego z zadań wynikających z bieżącej produkcji bloku 460 MW. Załadunek środków transportowych podstawionych przez Wykonawców będzie się odbywał w kolejności ich zgłaszania się w punkcie załadunkowym Zamawiającego”.*

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający w piśmie z dnia 31 sierpnia 2011 r. w odpowiedzi na następujące pytanie:

*„Jakie Zamawiający zapewnia Wykonawcy gwarancje odbioru określonych umową ilości odpadów, a w szczególności proporcjonalnego rozdziału odpadu o identycznym kodzie, przeznaczonego do zagospodarowania dla poszczególnych Wykonawców?”*

wyjaśnił co następuje:

*„Zamawiający wyjaśnia, że ilość zadysponowanych do zagospodarowania odpadów wynika z bieżącej pracy bloku energetycznego. Stąd wielkość rzeczywista wypadu może, lecz nie musi się pokrywać z wyliczeniami projektowymi. Dlatego Zamawiający gwarantuje Wykonawcy tylko minimalną ilość określoną w ogłoszeniu i SIWZ w ciągu trwania umowy. Szeroki zakres zadysponowania ilości odpadów pozwala na uelastycznienie współpracy poszczególnych odbiorców przy odbiorze. Ilości odebranych przez poszczególnych odbiorców odpadów przydzielane są proporcjonalnie do wielkości obsługiwanej transzy. Zbilansowana ilość – na podstawie raportu wagowego – odebranego odpadu przez poszczególnych odbiorców przedkładana jest każdemu odbiorcy na koniec miesiąca”.*

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący twierdził w odwołaniu, iż brak precyzji w dookreśleniu przedmiotu zamówienia powoduje, że Wykonawcy nie otrzymują żadnej gwarancji odnośnie ilości kierowanych do nich odpadów. Jednocześnie w toku rozprawy przed Izbą oświadczył on, iż gdyby zamawiający przyjął granice tolerancji jako wielkość „+/- 30%”, a zatem w każdej części określił ilość odpadów na 50 000 Mg +/- 30%, nie stanowiłoby to naruszenia przepisów przywołanych w odwołaniu. W takiej sytuacji, także zapisy odnoszące się do proporcjonalnego rozdziału odpadów do odebrania na rzecz każdego z Wykonawców realizujących poszczególne części nie naruszałyby przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby analiza ewolucji stanowiska Odwołującego, szczególnie w zakresie odnoszącym się do proporcjonalnego podziału wyprodukowanego przez Zamawiającego popiołu, pozwala stwierdzić, iż istotnym dla niego było jedynie wymuszenie na Zamawiającym określenia minimalnej gwarantowanej Wykonawcom ilości dostarczanego im popiołu na wyższym niż przyjęty w SIWZ poziomie. W ocenie Odwołującego właściwym było określenie jej w każdej z części zamówienia na poziomie ok. 35 000 Mg, nie zaś jak uczynił to Zamawiający na poziomie 15 000 Mg.

Ciężko zatem stwierdzić, jak chciałby tego Odwołujący, iż zapisy o proporcjonalnym rozdziale popiołu pomiędzy Wykonawców realizujących poszczególne części, zależnie od przyjętej gwarantowanej przez Zamawiającego wartości minimalnej, naruszają bądź nie zasady uczciwej konkurencji. Zmiana tych wielkości i zakreślenie ich, czy to w granicach określonych przez Zamawiającego w SIWZ, czy to w granicach postulowanych przez Odwołującego, nie oddziałuje w żaden sposób na określenie metodologii rozdysponowania odpadów na rzecz poszczególnych Wykonawców. Ilość wytworzonego i gwarantowanego Wykonawcom popiołu nie wpływa bowiem, w żaden sposób na mechanizm jego dzielenia pomiędzy podmioty realizujące każdą z trzech części zamówienia. Odwołujący w sposób wyraźny oświadczył, że gdyby Zamawiający zagwarantował Wykonawcom minimalną ilość odbieranego popiołu na wyższym poziomie (min. 35 000 Mg), wówczas nie miałby zastrzeżeń, co do mechanizmu rozdysponowania popiołu. Pozwala to, w ocenie Izby, uznać, iż nie kwestionuje on tym samym samego mechanizmu podziału popiołu, a jedynie określenie jego ilości, którą Zamawiający gwarantuje każdemu z Wykonawców.

Odwołujący przyznał w toku rozprawy, iż Zamawiający nie jest w stanie określić sztywno ilości wytwarzanego popiołu, dlatego też dopuszcza on określenie przez Zamawiającego pewnych granic tolerancji dla wielkości określającej ilość wydawanego Wykonawcom odpadu. Jednocześnie oświadczył, iż nie kwestionuje on określonej w pkt 5.1 Rozdziału III SIWZ regulacyjności kotła. Co istotne Zamawiający powołaną regulacyjnością, tj. możliwościami technologicznymi kotła, uzasadniał określenie wielkości minimalnej ilości popiołu gwarantowanej Wykonawcom. Wobec powyższego Izba uznała, iż określenie przez Zamawiającego ilości gwarantowanej w każdej z trzech części znajduje uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego. Odpowiadają one bowiem w sposób oczywisty możliwościom technologicznym kotła i są z nimi w sposób oczywisty związane. Powołane możliwości technologiczne kotła nie były kwestionowane przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, co zostało przez niego w sposób wyraźny wyartykułowane. Co więcej nie poparł on żadnymi dowodami stwierdzenia, iż zwiększenie minimalnego

gwarantowanego poziomu ilości popiołu z 15 000 Mg do 35 000 Mg pozwoli uznać, że zapisy SIWZ nie naruszają zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby brak również przesłanek, aby stwierdzić, iż oznaczenie minimalnego poziomu wydawanego Wykonawcom popiołu w wielkości 15 000 Mg, powoduje, iż zapis ten jest mniej jednoznaczny i wyczerpujący, aniżeli byłby w sytuacji określenia tej wielkości na poziomie 35 000 Mg.

Dlatego też Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił w powyższym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W szczególności Izba uwzględniła przepis § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec faktu, iż Zamawiający nie złożył żadnych rachunków na potwierdzenie poniesienia kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, Izba nie zasądziła na jego rzecz takich kosztów od Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....



